18.

266

De Dispensat. Sanctissimi
in ratione matrimonij quoad
Legitimat. prolis ad succeden-
dum in majoratu vocanti prolis
Legitimæ

POR

DON FRANCIS-
co de Hozes,

EN EL PLEYTO

CON

Doña Ana de Mesa, menor,

vezinos de la villa de Bejer.

Impressa en Granada, en la Imprenta de Martin Fernandez Zambrano, frontero de San Gil. Año 1630.

Num. 1.
La pretension del Apelante.

PRetende el dicho don Francisco de Hozes que se ha y tiene de reuocar la sentencia de la justicia inferior en que declarò ala dicha doña Ana de Mesa por legitima y capaz sucessora del vinculo sobre que es este pleyto, y abil y capaz de la dicha sucesion, y manda que mi parte no le inquiete en la possessiõ que tiene de los bienes del dicho vinculo que fundò Pedro de Mesa y su muger, y le puso perpetuo silencio. Y que ha de ser declarado por sucessor enel dicho vinculo, restituyendoselo con frutos y rentos desde la ocupacion hasta la restitucion. Y para entendimiento deste pleyto se presupone.

CLAVSVLA.

Num. 2.
Clausula.

¶ Lo primero, que Pedro de Mesa y Mendoça otorgò su testamento, y por vna clausula del, dixo. Que por quanto doña Catalina de Orea, por su testamento mejorò a don Pedro de Mesa nuestro hijo difunto, en el tercio y remaniente del quinto de sus bienes, y le puso el grauamen que contiene la dicha mejora, y mandò que no teniendo hijos ni sucessores legitimos don Pedro de Mendoça nuestro hijo ni don Pedro de Mendoça nuestro nieto, ni doña Estefania de Mendoça nuestra hija, sucediesse en el vinculo que se ha de fundar del dicho tercio y quinto en la persona que yo nombrare. Y declarando mi voluntad, mando que suceda en el hijo mayor del dicho don Pedro de Mesa, y a falta del en la hija mayor, y assi sucessiuamente *en sus hijos legitimos y de legitimo matrimonio*, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra, los quales se han de llamar

Mesa

Mesa y Mendoça, *Y suceda en descendiente legitimo de legitimo matrimonio en el dicho Pedro de Mesa Mendoça*, y a falta del dicho don Pedro *y de sus descendientes legitimos*, suceda enel hijo de doña Estefania de Mendoça y sus descendientes por la dicha forma; y a falta de los dichos don Pedro de Mesa de Mendoça, *y doña Estefania, y sus legitimos successores*, suceda en el dicho vinculo don Bartolome Ximenez de Mesa mi sobrino hijo de Alonso de Mesa, y de mi hermana doña Estefania de Mendoça, vezina de la villa de Alcala. *Y si no tuviere el dicho don Bartolome Ximenez hijos legitimos e successores legitimos*, suceda el dicho vinculo, propriedad y renta del, *en don Francisco de Bozes, hijo de mi hermana doña Beatriz de Mesa.*

¶ Lo segundo se supone, que auiendo muerto don Pedro de Mesa, y doña Estefania de Mesa sin succesion, vino a suceder enel dicho vinculo dõ Bartolome Ximenez de Mesa, el qual parece, que siendo deudo de doña Beatriz de Mesa en tercero y quarto grado duplicado de consanguinidad, tuuo accesso con ella, sin auer interuenido matrimonio, y se hizo preñada de doña Ana, menor con quien oy litiga el dicho don Francisco de Hozes, diziendo ser espurea illegitima; y ser el el verdadero succesor y llamado despues de la muerte del dicho don Bartolome Ximenez, padre dela dicha doña Ana.

Num. 3.
Supuesto segundo.

Supónese tambien, que en primero de Iunio de 1622. años su Santidad de Gregorio, despachò sas Bullas Apostólicas, por las quales dize, que por parte de Bartolome Ximenez, y de Beatriz de Mesa, muger de la Diocesis de Cadiz, en la qual se refiere, que ellos mismos sabiendo que en tercero y quarto grado, por vna estirpe común a entrambos parientes

Num. 4.
Dispensacion 1. de Iunio de 1622.

tes, y por otra, con otro doblado quarto grado de consanguinidad, reciprocamente conjuntos en parentesco, el dicho Bartolome, o con industria de pecar, para que cometido este delito fuera causa de hazernos mas faciles a nos y a la Sede Apostolica para vsar de misericordia y gracia con ellos, sino solamente vencidos de vn loco y desenfrenado desseo, conocio a la dicha Beatriz, y tambien como la misma peticion dezia mas, que si el matrimonio no se contraia entre ellos, la dicha Beatriz quedaria disfamada y sin casar, y que de aqui verisimilmente podrian nacer grandes daños. Y con esta relacion el sumo Pontifice los absuelue del pecado, y amonesta que se abstengan del, y dispensa los grados de consanguinidad para que puedan contraher matrimonio, guardando la forma del Concio Tridentino, y permanecer en el. Y luego dize hablando cõ el Ordinario. Y por nuestra autoridad dispenseys, empero la distancia del tercio, respecto del otro quarto grado sobredicho, declareys no les obstar, declarando que la generacion que ayan tenido si alguna ay, y la que ay adelante vuiere, ser legitima; empero queremos que si menospreciada esta nuestra amonestacion, &c.

Num. 5.
Presentacion dela Bula, a 14. de Octubre de 622.
No se hizo diligencia hasta 27. de Iunio de 623.

Supónese tambien, que esta dispensacion se presentò ante el Prouisor de Cadiz en 14. de Octubre de 1622. y no se hizo diligencia con ella hasta 27. de Iunio de 1623. que el Prouisor verificò la narratina, y proueyò auto a fojas 85. y 86. por el qual manda, que parezcá ante el Vicario de Alcalà, y cumplan cierta penitencia que les impuso, y con esto les da licencia para que auiendo precedido las amonestaciones, los pueda casar y velar, y perseuerar en su matrimonio libre y licitamente. *Y declara*

ra por legitima la sucesion que tuuieren, y por hijos de bendicion, los que procrearen.

Supónese tambien, que en dos de Iunio de 623. fue la primera amonestacion, y la segunda en nueue de Iunio, y la tercera en diez y seys de Iunio, y la velacion fue en 19. de Iulio del dicho año, por testimonio que està a fojas 178. Y por el mismo testimonio parece, que Doña Ana de Mesa se bautizò en 26. de Agosto de 1622. demanera que nacio dos meses menos dos dias despues de dada la dispensacion, que fue en primero de Iunio de 1622. y catorce meses antes que se verificasse la narratiua, y el Ordinario proueyesse el auto referido, y antes que se velassen onze meses.

Num. 6.

Primera amonestacion 2. de Iunio, de 1623.

La segunda en 9.

La tercera, 16. de Iunio del dicho año.

Velacion en 19. de Iunio del mismo año

Bautismo de doña Ana menor 29. de Agosto de 1622.

Esto supuesto, no parece que estamos en caso que tenga duda la justicia de don Francisco de Hozes, porque esta menor se engendrò y nacio veynte meses antes que sus padres se velassen, demanera que entre sus padres no uuo matrimonio de hecho irrito, y nullo, ni figura de matrimonio al tiempo de su concepcion, ni al tiempo de su nacimiento, ni muchos meses despues, y que se concibiesse siete meses antes de la dispensacion, sin auer matrimonio, ni figura del; dizelo la narratiua de la misma dispensacion, y la verificatiua della, que fue mas de catorze meses despues. Y supuesto esto no venimos a estar en la duda, si el sumo Pontifice puede hazer la prole legitima, nacida de matrimonio irrito y nullo, que despues se dispensò, sino en si puede dispensando, hazer la prole legitima, concebida incestuosamente, y nacida en el mismo pecado, sin auer auido figura de matrimonio: porque en este caso ningun Doctor ha puesto duda, sino que no se puede dispensar la dicha ilegitimidad, haziendo la prole legitima, dispensando in radice matri-

Num. 7.

Como este no es caso en que puede auer lugar la dispensacion in radice.

monij

monij, y assi lo confiessan Ioann. Andreas, in cap. per venerabilem, num. 30. quæ filij sint legitimi, & ibi Anton. num. 10. ad fin. Cardinal. num. 9. quæst. 1. Abbas, num. 21. Alexand. de Nouo, num. 17. Ancharran. nume. 21. Abbas in cap. literas, num. 27. fin. de restitution. spoliat. Ang. in summa, verbo, legitimatio, num. 7. Silua, verbo, legitimos, q. 7. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 2. nume. 10. ibi: *Secunda limitatio sit, quod filius primogenitus ex matrimonio inter consanguineos de facto contracto natus in maioratu non succedat, etiam si matrimoniũ ipsum postea ex dispensatione summi Pontificis iure contrahatur.* Demanera que la duda es, si puede dispensar la prole ilegitima del matrimonio irrito y nulo de facto contracto, mas que auiẽdose concebido y nacido sin figura de matrimonio no queden legitimados por la dispensacion, quæ facit eos legitimos in radice matrimonij, dixerunt Peregrin. de fideicommis. artic. 24. num. 76. ad medium, ibi: *Aut Papa vult legitimare prolem iam susceptam ex coitum, non matrimoniali etiam affectione, & consensu, & non potest, quia ex quo inter parentes non fuit matrimonium, de facto Papa non potest inducere matrimonium supplẽdo consensum quæ facti est, & qui de facto non interuenit.* Y la raçon verdadera es, quia sicut facta pro infectis haberi non possunt, l. in bello, §. factæ, ff. de captiuis, & post limi. reuers. per quem text. Bald. notabiliter, in cap. contingit, extra de dolo & contumatia, num. 7. inquit. *Numquam procedere fictionem, quo ad veritatem inducendam, nec enim legum auctoritas, quæ naturalia sunt diuelere potest*, l. 1. ff. de vsufru. earũ rerum, §. sed naturalia, instit. de iure naturali, id circo impossibile est, vt qui per naturam non est legitime natus, fit natus legitme, hoc argumento vtitur, Tiraquell. de primogen.

quæst.

quæſt. 34. num. 22. O la prole fue ſuſcepta in figura matrimonij, que es el ſegundo caſo de Peregrino, vbi ſupra num. 77. Y entonces entra la duda ſi ſe puede o no legitimar la prole ſuſcepta in figura matrimonij, & quos pariat effectus, idem tenet Thom. Sanchez de matrimon. lib. 8. diſputat. 7. num. 7. ibi: *Secundo deducitur quando proles habita fuit nullo precedenti irrito matrimonio, ſed ex concubito omnino fornicario, non poſſe Pontificem eam quo ad temporalia, & ſecularia legitimare extra loca ſuæ temporalis iuriſdictionis, quia cum nulla ſit matrimonij radix in qua directe diſpenſando legitime, & indirectè vtique confitendum eſt non legitimare directe, quo ad temporalia.* Y luego en el num. 8. trata de la diſpenſacion del hijo concebido in figura matrimonij, & ratio rationis eſt, quia fictio non trahitur retro ad tẽpus prohibitum, vt dixerunt Bartul. in l. Paulus, de ſtatu homin. §. & Alberic. numer. 2. Bald. in cap. 1. §. naturales, num. 12. ſi de feudo defuncti fuerit controuerſia, idem Bald. conſil. 129. lib. 3. Anton. de Roſel. de legitimatione, lib. 2. in princip. num. 2. idemque Couarr. in epitome, 2. part. cap. 8. §. 8. nu. 13. vbi tantum dubitat de effectu talis diſpenſationis quando diſpenſat legitimum efficiens matrimonium prius in gradu conſanguinitatis vel affirmatis prohibito, & tunc eſt dubium, an legitimare cenſeatur prolem ex illo matrimonio ſuſceptam ante illam aprouationem ſi eius mentio fiat: pero quando diſpenſa los impedimentos para contraer matrimonio enlos grados prohibidos, ſi antea proles ſuſcepta, ſine matrimonio reperiatur: que por ningun genero de diſpenſacion ſe ligitime, aunque expreſſamente diga, que ligitima la prole in figura matrimonij nulli dubitarunt, quedarſe ilegitima: y aſsi la juſticia de la dicha menor,

enla

en la pretenſion deſte mayorazgo in nullo fundamento iuris veritatis nititur.

Num. 8.
Como aun en caſo q̃ vuiera interuenido matrimonio nulo, no procede la ligitimacion in radice, en quanto a prejudicar en la ſuceſsion deſte mayorazgo a don Franciſco de Hozes.

Mas quando eſtuuieramos en el caſo que el ſumo Pontifice, como lo dize la diſpenſacion vuiera ligitimado la prole in radice matrimonij; por auer interuenido matrimonio irrito, y nulo, y auerſe cõcebido en ſu figura, adhuc, no pudo prejudicar al derecho del dicho don Franciſco en la ſuceſsion deſte mayorazgo, y para que mejor ſe entienda ſu juſticia debaxo de la ſupoſicion ſiguiente, ſe examinaran y diſputaran los articulos y puntos por la forma y manera que en eſta alegacion ſe dirà.

Num. 9.
Supoſicion para entrar en eſta queſtiõ.

Suponeſe antes de entrar eneſte primer Articulo, que aunque por la l. 2. C. de crimin. ſacrilegij, y por el cap. ſi quis ſuccedente 29. §. qui autem, & cap. ſequenti 17. quæſtio. 4. regularmente ſe tiene por deſacato, y por delito grauiſsimo de ſacrilegio, diſputar de la poteſtad del Pontifice ſupremo, quia qui diſputat de poteſtate Pontificis, facit ſuperiorem, vel parem ipſi, & ponit ſedem ſuam ſuper Aquilone, tentando eſſe ſimilem Altiſsimo, vt dixit Bald. conſil. 359. num. 1. verſic. Præterea volum. 1. Crabeta conſil. 241. num. 3. lib. 2. entre otras muchas limitaciones que eſta regla tiene, las dos principales ſon, quando ad tutellam, & conſeruationem iuris tertij in arenam deſcenditur, tunc enim ſecure, & abſque metu criminis de poteſtate Pontificis diſputatio ſuſcipitur, vt latè obſeruat & reſoluit Anton. Petra, in tractatu de poteſtate Pontificis, cap. 1. per totum, maxime, nume. 6. Y quando ſe atrauieſſa la defenſa de la juriſdicion temporal del Principe ſeglar en ſu tierra, vt tradit Alciatus conſil. 201. per totum, maxime num. 14. alias conſil. 5. lib. 4. & conſil. 206. quem refert Petra, vbi ſupra, num. 7

Y eſtas

y estas dos limitacione tienen por fundamento y apoyo, textos expressos del derecho Canonico, y infinito numero de Doctores grauissimos que las hazen indubitables, como se referirà por todo el discurso.

Num. 10.

Prosiguese la question propuesta.

Y assi cõ mucha seguridad podemos tomar el assumpto deste Articulo, y discurrir por el, midiendo la latitud de la potestad Pontifical en los terminos deste pleyto, donde se trata, no solo del perjuyzio particular de vn tercero, sino del publico de la Real jurisdicion de su Magestad, sobre cosas temporales, y en su Reyno: y sin embargo de ser como es materia tan segura, adhuc tamen vt tutius proceda mus, quid quid in hoc dixerimus Sanctæ Romanæ Ecclesiæ censurę correctionique libenter subijcimus.

Y entrando con esta protestacion en la disputa y resolucion deste articulo, lo diuidimos en dos partes.

¶ La primera, que el Pontifice dispensando en la rayz del matrimonio entre don Bartolome Ximenez de Mesa, y doña Beatriz de Mesa, padres de la dicha doña Ana de Mesa, no pudo ligitimar a la dicha doña Ana, y hazerla capaz para la sucesion deste mayorazgo en quanto son bienes temporales, y en Rey no no sujeto a la jurisdicion temporal de la Yglesia.

¶ La segunda, que esto corre con mayor razon respecto del perjuyzio que con la tal ligitimacion se causaria al derecho adquirido al dicho don Francisco de Hozes.

PRIMERA PARTE, del Articulo primero.

QVE EL PONTIFICE dispensando en la rayz del matrimonio entre los padres de la dicha doña Ana, no pudo ligitimarla, y hazerla capaz para la suceſsiõ deſte mayorazgo en quanto son bienes temporales, y en Reyno no ſujeto a la juriſdicion temporal de la Igleſia.

Num. 11. *De aſſumpto huius primi articuli.*

LA Propoſicion y aſſumpto deſte primer Articulo en eſta parte, tiene ſolidiſsimo fundamento y apoyo, en la doctrina original de Antonio Butrio, in capit. per venerabilem, num. 10. in fin. quæ filij ſint legitimi, a quiẽ ſiguen otros muchos que ſe referiran adelante, qui omnes conſtanter aſſerunt Pontificem diſpenſando in radice matrimonij, inter iure Canonico prohibitos cõtracti non poſſe filios iam natos ligitimare ad effectum ſuccedendi in foro laico externo à poteſtate, & juriſdictione temporali Sedis Apoſtolicę.

Y aunque la contraria opinion que reconoce en el Pontifice, eſta poteſtad tiene por fundamento la doctrina de Iuan Andreas in dict. cap. per venerabilem, num. 30. a quien aſsimiſmo ſiguieron otros muchos Doctores antiguos y modernos, infra refferendi: la nueſtra es ſuperior en ley, en razon y en autoridad y aſsi ſe deue ſeguir preciſſa y neceſſariamente tam iudicando, quam conſulendo, ex ſequentibus.

Que

Que la opinion cõtraria no tiene fundamento de ley, y la nueſtra lo tiene.

Num. 12.
Diſcutitur aduerſus opinionẽ contrariam.

LA opinion contraria que atribuye al Pontifice poteſtad de legitimar por la diſpenſacion in radice, para efecto de ſucederin terris ſibi non ſubiectis in tẽporalibus: escertiſsimo q̃no tiene fundamento de ley Canonica, ni ciuil, porque como ſe puede ver ad oculum por todos los Doctores de aquella opinion, todo ſu fundamento es por argumentos y razones, ſin que ſe alegue texto que ſea indiuidual y en terminos.

Y aũque Guillermo Benedicto in cap. Rainuncius, verſic. *Et vxorem nomine Adelaſiam*, num. 202. Peregrin. de fideicommiſ. articu. 23. num. 7. y otros de los que ſiguen aquella opinion, alegan por fundamento della el cap. per venerabilem, quæ filij ſint legitimi, donde ſe prueua, que ligitimando el Pontifice a vn eſpurio para que pueda tener Prebendas y Dignidades Eccleſiaſticas, y para las demas coſas eſpirituales por conſequencia neceſſaria y forçoſa, queda ligitimado para la ſuceſsiõ de bienes temporales, ibi: *Quod autem ſuper hoc Apoſtolica Sedes plenam habeat poteſtatem ex illo videtur, quod diuerſis cauſis inſpectis cum quibuſdam minus legitime genitis non naturalibus tantum ſed adulterinis etiam diſpenſabit ſic ad actus ſpiritualis illos legitimãs vt poſsint in Epiſcopos promoueri, ex quo veriſimilius creditur, & probabilius reputatur, vt eos ad actus legitimare valeat ſæculares.* Y fundan por eſte texto, que por la diſpenſacion in radice, no ſolo queda legitimado el eſpurio, quo ad Eccleſiaſ-

tica

tica, & spiritualia, en que derechamente puede legitimar y dispensar el Pontifice, sino tambien para la sucesion de bienes temporales en lo secular por forçosa y necessaria consequencia de la legitimacion, porque no puede quedar legitimo para lo vno, y espurio y ilegitimo para lo otro, vt ipse text. inquit ibi: *Videretur siquidem monstruosum, vt qui legitimos ad spirituales fieret actiones circa seculares actus illegitimus remaneret, vnde cum in spiritualibus dispensetur consequenter intelligitur in temporalibus dispensatum.*

Num. 13. *De intellectu, cap. si per venerabilem.*

Este texto es todo en nuestro fauor, y expresso contra la opinion que los contrarios defienden, porque el mismo se limita luego en las palabras siguientes, donde expressamente dize, que aquello se entiende enlas tierras del patrimonio de la Yglesia, vbi Pontifex habet vtramque iurisdictionem, ibi: *Id autem in patrimonio Beati Petri libere potest Appostolica Sedes efficere in quo, & summi Pontificis authoritatem exercent, & summi Pontificis exequitur potestatem.* Et ibi gloss. verbo, habeat potestatem, sic textũ illum interpretatur, ibi: *Sed contrarium credo sci licet, quod Dominus Papa, non potest legitimare aliquem quantum ad hoc, vt succedat in hæreditate tanquam legitimus hæres qui non sit, dico de sua iurisdictione temporali, sic enim esset mittere falum in messem alienam, & vsurpare alienam iurisdictionẽ, quod esse non debet supra de iudicijs, cap. nouit, & gloss. ibi, verbo, Beati Petri.* Innocent. num. 1. & reliqui, omnes communiter, quos refert Thomas Sanch. vbi supra, disputat. 7. num. 1. Y del derecho destos Reynos es expresso texto, contra aquella opinion en nuestro fauor, la l. 4. titul. 15. part. 4. que hablando de la potestad del Pontifice en esta materia, dize estas palabras, ibi: *E magüer dispense con ellos para auer*

dones

dones è en las otras cosas non puede dispensar con ellos quanto en las cosas temporales, fuera ende si fuessen de su temporal jurisdiction. Y assi hablando de la opinion contraria Peregrin. consi. 1. nume. 19. vol. 3. refuerça el argumento en nuestro fauor con estas palabras, ibi: *Augetur argumentum nam in iure scripto nullibi legitur decessum, quod Papa retro legitimando matrimonium contractum aduersus canonũ interdicta legitimet prolem incapacem vt tanquam legitimus succedere possit in bonis alienæ iurisdictionis nam sic videretur mittere falum in messem alienam,*

Pormanera que no auiendo como no ay en todo el Derecho escrito texto Canonico, ni ciuil, en que se funde la contraria opinion, que atribuya al Pontifice esta potestad, no se deue hazer caso della, aunque tuuiesse mayor numero de Doctores, text. ad hoc vulgaris in l. disencientis, C. de repudijs, ibi: *nulla præcepit iuris cõstitutio*, & quæ ibi notat Albericus cap. is qui, de sententia excomun. in 6. ibi: *cum id non sit expraſsum iniure*, authent. de nõ elegẽd. secũdo nub. §. cum igitur, collat. 1. ibi: *nec quælibet est lex tale aliquid dicens*, hæc & alia iura allegans, late tradit Euerardus in topicis legalibus loco a lege cesante in princip. & Bald. in cap. nihil de electione illud vulgare docet, *quod lege non cabetur in practica non habetur, & paria sunt aliquá fieri sine lege, & contra legem*, Gomez ad regulas cãcellariæ regula de annalli poss. q. 52. in medio, Benincass. in §. actionum, num. 342. instituta de actionib. Cephal. consi. 166. nume. 19. mayormente siendo como es expresso contra aq̃lla opinion el mismo texto què se trae en su fauor.

Num. 14.
Que no puede dispensar en la sucesion de

Aque se junta la regular conclusion, es que el Pontifice no puede legitimar para efeto de la

bienes temporales, ni tierras quæ non sunt Ecclesiæ.

la sucesion de bienes temporales en las tierras que no son del pratimonio de la Iglesia, y esta regla fundada en la expressa decision del cap. per venerabilem qui filij sint legitimi, versic. *id autem in patrimonio Beati Petri.* Y en la l. 4. tit. 15. part. 4 que queda alegada supra proxime, la limitan los Doctores de la cõtraria opinion, que solo procede en la legitimacion que el Pontifice haze por rescripto, pero no quando la haze validando, y legitimando el matrimonio, in radice tunc enim (dizen) legitimatus, ex eo matrimonio sic dispensato succedit etiam in temporalibus non subditis Papæ pro ut legitimatus per subsequens matrimonium vt pro limitatione, tradunt Peregrin. de fidei com. art. 23. num. 7. & post eum & alios Ioa. Baptista Lupus vbi sup. d. commenta 3. §. 3. num. 32. DD. omnes ab ipsis relati.

Y siendo como es assi que esta limitacion no se funda en decision expressa de ley Canonica, ni ciuil, sino solo en autoridad de los que la defienden, no ha de preualecer contra la regla textual, fundada en expressa decision del capitulo per venerabilem, y de la ley de la partida, quia à regula textuali non est recedendum nisi eam limitatam inueniamus ex alio textu expresso, l. ab ea parte. ff. de aprobationib. ibi: *ab ea parte quæ dicit aduersarium suum ab aliquo iure prohibitum esse lege vel constitutione ad probare oportere,* & ibi tradit Bart. & reliqui DD. communiter Beccius consi. 1. num. 2. & consi. 7. n. 7. optime post alios Tiraq. de retract. 1. p. §. 1. gl. 9. num. 211. Auend. in l. 40. Tauri, glo. 4. nu. 39. & multa adhoc allegans Petrus Surd. deci. 346. num. 24. 2. part. & preiudicandi, & aduocãdi norma iudicibus, & aduocatis, tradit omno videndus Nicol. Vigel. in methodo iuris

contro

controuersi in proœmio regula prima.

QVE NVESTRA OPINION NEGATIVA QVE EL pontifice no puede de dar capacidad de ſuceder al expureo in terris Imperij, legitimandolo per diſpenſationem in radice, en las razones y fundamentos es ſuperior a la opinion contraria, que atribuye al Pontifice eſta poteſtad.

ESTA proposicion es certiſsima, y para moſtrarla con euidencia, ſe repreſentaran los fundamentos de ambas opiniones, y las reſpueſtas y ſatisfaciones inhenitables, que tiene el vnico fundamento de la opinion afirmatiua.

Vnico fundamento de la opinion contraria.

VVltra del cap. per venerabilem qui fil. ſint ſint legitimi, à que queda reſpondido, no tiene la contraria opinion mas que el vnico, y ſolo fundamento de la doctrina de la gloſſa, verbo, Pro in fectis, iunto text. in clementina vnica de inmunitate Eccleſiarum dicũt enim, que el origen y rayz de donde procede la ilegitimidad de los hijos, es la ley poſitiua Canonica que introduxo el impedimento derimente de la conſanguinidad, haſta el quarto grado y deſta miſma rayz proceden los daños de la incapa-

Num. 15.
De fundam. Clementinæ vnice de immunitate Eccleſiarum pro parte aduerſa.

incapacidad de los hijos ilegitimos, assi en quanto a lo Eccleſiaſtico, que les eſta prohibiendo por ley Canonica, como en quãto a lo ſeglar que le eſta prohiuido por ley ciuil, como efectos conſecutiuos de la ilegitimidad que el Derecho Canonico poſsitiuo introduxo, y que ſobre eſte origen y rayz, ſcilicet, ſobre eſte impedimẽto de la conſanguinidad, y ſobre la ley Canonica poſsitiua que lo introduxo, tiene el Pontifice poteſtad, y autoridad, que lo pueda alçar, y quitar porſu libre y abſoluta voluntad, diſpenſando en el matrimonio contraydo inter prohibitos, pro vt ex tunc, de tal manera como ſi nunca tal ley ſe vuiera promulgado, ni pueſto tal impedimento, con lo qual el matrimonio queda legitimo y valido, pro vt ex tunc, deſde ſu principio, y los hijos nacidos antes de la diſpenſacion, quedan aſsimiſmo por neceſſaria conſequencia verdaderamente legitimos, y capaces para conſeguir todo lo q̃ por aquella cauſa ſe les prohiuia, Eccleſiaſtico, y ſecular, porque el Pontifice no ſolo puede irritar y anular vna conſtitucion, para que no ligue in poſterum, ſino tambien para que in præteritum no aya ligado, ex dicta clementina vnica de inmunitate Eccleſiarum, donde reuocãdo Clemẽte V. vnas cõſtituciones de Bonifacio, otros ſus anteceſſores, dize eſtas palabras: *Quid quid ex eis ſequutũ eſt vel ob eas pœnitus reuocamus, & eas haberi volumus pro infectis*, y la gl. ver. *pro infectis*, dize, *per hoc puto quod ex comunicatus ex viribus illius cõſtitutionis abſolutione nõ egeat*, y luego dize, *& vide quanta eſt Papales poteſtas, circa ea quæ ſunt de iure poſsitiuo quia reuocat illa vt ex tũc*, y aca uà haziẽdo illaciõ deſta doctrina para lo de la diſpenſacion in radice, ibi: *& facit ad ea quæ ſcripſit qui filij ſint legitimi per venerabilem*. gl. 2. y por eſte

este solo y vnico fundamento, ayudado con algunas otras razones concernientes que refiere Thomas Sanchez, d. lib. 8. disput. 7. nu. 4. per totum. Fueron de esta opinion los Doctores que alli refiere, y los que refieren en las decisiones de la Rota, que vienen insertas en los executoriales presentados en esta Audiencia en vn pleyto de doña Ana Ceron.

Fundamentos de nuestra opinion negatiua:

ILLO tamen vnico fundamento non obstante nuestra opinion, immo quod summus Pontifex filios legitimando in radice matrimonij non possit illos redere capaces successionis bonorum temporalium, in terris suæ iurisdictioni non subiectis, verior est & tenenda ex veris, & solidis rationibus & fundamentis seqq. Num. 16. *De fundamento nostre partis.*

Primero fundamento de la opinion negatiua:

VErdadera y assentada conclusion es por todos los Doctores, assi Legistas como Canonistas, nullo prorsus contradicente, que de la manera que el legitimado por el Rey, o por qualquiera otro Principe supremo seglar, no queda capaz para suceder en los bienes que caen debaxo de la potestad y jurisdicion temporal de la Iglesia, ni para obtener Beneficio, y honores Ecclesiasticos Num. 17. *De primo fundamẽto*

assi tampoco el legitimado por rescripto Apostolico, queda capaz de la succesion de bienes temporales, sugetos a la Real juridicion del Principe seglar: assi lo confiessa expressamente el Pontifice Innocentio III. in dicto cap. per venerabilem, qui fil. sint legit. vers. Id autem in patrimonio Beati Petri, Innocentius, num. 1. Anton. de But. num. 11. Abb. num. 21. communiter omnes quos reffert, & sequitur Thomas Sanchez, dict. lib. 8. disput. 7. num. 1. plures referens, Peregrin. de fideicommissis, art. 23. num. 1. & seqq. maximè num. 5. à num. 13. & sequentibus, vsque ad num. 23. Cardinalis Thuscus practicar. conclusion. tom. 5. vers. Legitimatio, conclus. 220. nume. 18. Molin. de maioratib. lib. 2. cap. 3. num. 12. & in numeris longa allegat. relatis, Ioan. Bapt. Lup. in tractat. de naturali, & legit. liberis comment. 3. §. 3. num. 1. & seqq. & num. 26. & seqq. Donde en el numero 29. refiere muchos Reynos, ciudades, y prouincias libres; en las quales no se han admitido a suceder los legitimados por rescripto Apostolico ex de ficta potest. Y en España tenemos decision expressa, que los excluye dict. l. 4. tit. 15. part. 4. ibi: *E maguer dispense con ellos, para auer dones, è las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos, en quanto a las cosas temporales, fueras ende si fueren de su temporal jurisdicion.*

Vndè, si dixessemos, que ligitimado el matrimonio nulo por la dispensacion in radice, los hijos antes nacidos quedan legitimados y capaces de la sucesion de bienes temporales en estos Reynos, seguirase, que lo que el Pontifice no puede hazer principal y derechamente, que es legitimar y habilitar los bastardos, y inca-

y incapaces de ſuceder en las tierras que no le ſon ſugetas, ex iuribus, & Doctorib. ſuprà relatis, lo pudieſſe hazer por eſta indirecta, no legitimando la perſona, ſino validando el matrimonio deſde ſu principio, pro vt ex tùnc, contra la regla de derecho, que el que no puede hazer vn acto directamente, no lo puede hazer, per indirectam, cap. cùm quid, de regulis iuris, in 6. l. fin. in fin. C. de vſur. rei iudicatæ cùm ſimilibus, & ita feræ interminæ argumentat. Paul. Caſtrenſ. conſ. 467. ante num. 5. verſ. *Septimo, ſed idem*: & reſoluit Per. de poteſtate principij, capit. 32. §. 1. incip. *Aliud quoque exemplum*, num. 40. & ſeqq. &c. num. 50. & 51. maximè, quando vertitur tertij per iuditium, vt infrà latius, in 2. part. huius articuli.

Fundamento ſegundo de la opinion negatiua.

Num. 18.
De 2. fundament. ō nō ſtræ opinionis.

DE La diſpenſacion in radice matrimonij, ſe pretende de contrario, q̃ ſe ſiguio la legitimidad de la prole, y la capacidad de poder ſuceder a los padres y a los parientes, y obtener todo lo demas que ſe deue a los hijos legitimamente nacidos, como efectos conſecutiuos, y neceſſarios de la dicha diſpenſacion.

At verò, para que eſto fuera aſsi, era neceſſario, que de la miſma manera que la ſugeta materia ſobre que cayò la diſpenſacion, hoc eſt, el matrimonio y la legitimacion de los hijos, era de la poteſtad y juriſdicion del Pontifice: aſsi tambien lo fuera la ſugeta materia, de los

de los efectos que de la dicha dispensacion se pretenden: porq̃ en lo que no està sugeto a la potestad del Pōtifice, no pudo obrar efecto alguno la legitimacion, quantumcumque proueuerit ex dispensatione in radice, quia effectus proportionari debet cauſæ ex doctrina Baldi, in rubrica de rerum diuiſ. in fine, quem ſequitur Ozaſcus, deciſ. Pedemontana, 68. nu. 11. idem Bald. conſil. 84. per totum. libr. 4. Curt. Iun. conſ. 1. num. 9. 2. part. & omnis effectus ſūmit iures, & dominatur à potentijs cauſarum, & in primis requiritur potentia cauſæ efficientis ad hoc, vt poſsit ſequi effectus, vt traddit eleganter idem Bald. in l. cunctos populos, num. 11. C. de ſumma Trinitate, & Fide Catholica, & conſ. 150. num. 5. lib. 5. Calderinus, conſ. 282. quem in id adducit Tuſchus, verbo cauſa, concluſion. 138. num. 6. & 10. Y aſsi faltando como faltò en el Pontifice la poteſtad y juriſdicion, para diſponer, circà ſucceſsionem bonorum temporalium, in terris ſibi non ſuiectis, la legitimacion que reſultò de diſpenſacion, quantumcũque fuerit in radice matrimonij, no pudo obrar ni eſtender ſus efectos a mas de lo que lo eſtiende la poteſtad del Pontifice que la concedio, aunque el tuuiera intencion de lo contrario; quia rerum intentionalium effectus, non ſolum conſiſtit in voluntate, verumetiá concurrere debet poteſtas, vt per Bald. in l. omni verbum, in fin. C. de verbor. ſignificat. & poſt Alexandrum, Afflictis, & alios, obſeruat Anton. Petr. de poteſtate principij in principio, numer. 4. & ita ferè in terminis, Paul. Caſtrenſ. conſ. 467. num. 4. in fin. verſ. Septimo ad idem; & magis in terminis, poſt Innocent. in cap. per venerabilem, numero 1. & 2.

qui

qui fil. sint legitim. Angelus, cons. 29. nu. 6. ibi: *Sed dispensatio non producit aliquos effectus, super quos non habuit potestatem dispensans secundum Innocent. & Ioanem And. in cap. per venerabilem, in gloss: quæ incipit, Vnde eadem speculator, in titul. delegat. ad fin. vers. Sed illud quoque, cùm ergò successionem deferri in terris Imperij alis culminis, vt iã dixi, ergò dispensatio facta illegitimo per matrimonium contractum solum, secundum formam Ecclesiæ non prodcrit, vt legitimatos faciat legitimos in terris Imperij*: Et in nostris ipsis terminis, eleganter Curtius Iunnior, cons. 136. numer. 7. ibi: *Cùm igitur successionem deferre in terris Imperij, sit propium Imperialis culminis, ergò dispensatio facta illegitimo per matrimonium contractum solum, secundum formam Ecclesiæ non producit, vt legitimatus faciat legitimos successores in terris Imperij, & ideò communiter Canonistæ in dict. cap. per venerabilem, scilicèt, Innocentius, dominus Antonius, & moderni tenent, quod legitimatio facta per Papam, quamuis incipiat à radice matrimonij non producit effectum, vt filij legitimati succedant parentibus, quando bona nõ sunt in dominio temporali Ecclesiæ, &c.* Eandem etiam sententiam sequntur Socinus Iũnior, Ruinus Monicuius, & alij quam plures referendi in sequenti fundamento. Y es texto expresso y singular de derecho Canonico, el capitulo per venerabilem, qui filij sint legitimi, dõde auiendo dicho el Pontifice en el principio de aquel texto, que el legitimado por la Sede Apostolica, para conseguir Ordines y Dignidades Ecclesiastica, consecutiuamente queda legitimado para la sucesio en bienes tẽporales limita luego estos efectos a la sugeta materia desu potestad, ibi: *Id autẽ in patrimonio Beati Petri libere potest Apostolica Sedes efficere, in quo, & summi Pontificis exequitur potestatem*; & ibi glossa ver

 bo ha-

bo habeat potestatem in patrimonio Beati Petri, & DD. omnes superius relati.

Respondese al fundamento de la contraria opinion.

Num. 19. *Respondetur contrarius fundamentus.*

EX Supradictis omnibus, satis euidenter apparet, que la legitimacion de doña Ana de Mesa menor, que le resulta de la dispensacion in radice matrimonij, no le pudo dar ni dio derecho y capacidad de succeder en bienes temporales, ni sugeto a la jurisdicion y potestad de la Yglesia, y el fundamento de la cõtraria opinion, y razones conque le ayudan Tomas Sanchez, y los demas que la defienden, se satisfaze facilissimamente y concluyentemẽte, ex seqq.

Respuesta Primera.

Num. 20. *Responsum primum, ad fundamenta aduersæ partis.*

LLanamente confessamos, que el Sumo Pontifice tiene plena y libre autoridad y potestad, para dispensar en la rayz del matrimonio, validandolo y aprouandolo desde su principio; y confessamos asimismo, que desta dispensacion resulta en fauor de los hijos antes nacidos que quedan por ella legitimados; negamos empero, que los efectos desta dispensacion y legitimacion, se estiendan a mas que ha hazer los hijos auiles y capazes, para recibir Ordenes, obtener Dignidades y Beneficios,

ficios, y todas las demas cosas que caen en la potestad y jurisdicion Apostolica, assi Espiritual como temporal; porque a darles derecho de suceder en bienes, no sugetos a la temporal jurisdicion de la Yglesia, no se pudo extender en manera alguna, ex iuribus, & DD. suprà relatis in 2. fundamento.

Y de aqui se saca respuesta y satisfacion a la Clementina vnica, de immunitate Ecclesiarum, y a la dotrina de la gloss. verbo *pro iustis*, que es lo principal del fundamento contrario: porque dexado a parte que aquella dotrina no es verdadera, vt latè, & eleganter ostendit Guillelm. de Cernantes, in l. 12. Tauri, num. 112. & tribus seqq. Si en aquel caso de la reuocacion y anulacion que hizo el Pontifice de las constituciones de sus predecessores, se siguio aquel efecto que la gloss. considera de quedar los que auian incurrido en la excomunicacion libres della, ipso iure, como sino les huuiera ligado; pudo ser y fue: porque aquello cae debaxo de la potestad y clave Pontifical, cuius est ligare, & absoluere: mas inferir de alli dotrina general para todos los efectos consecutiuos de qualquiera acto del Sumo Pontifice, aunque sean agenos y estraños de su potestad, como es hazer a vno capaz para las cosas temporales, in terris Imperij, es contra todo derecho: tùm quia à separatis, & diuersis non sit bona illatio, l. Papinianus, ex vlli de minoribus; tùm, quia esset aduersus expressam ipsius Pontificis declarationem, qua planè fatetur, se non posse extrà loca Ecclesiastici patrimonij directè, seù in consequentiam hoc facere, dict. cap. per venerabilem, versic. *Id autem in patrimonio Beati Petri*, & ibi gloss, verbo *Beati Petri*, & verbo *habeat potestatem*. Y

Enrico

Enrico Bohic en el mismo texto, num. 2. tratando de los efectos consecutiuos que se siguen de la legitimacion hecha por el Papa, dize estas palabras, ibi: *Aut quæris non principaliter, nec per se, sed vt consequens, & ex quadam consequentia ad legitimationem per eum factam, & tũc, aut quo ad honores seculares, puta quod posit esse iudex, & dic quod sic secundum vim, laudens, & Tancred. hic in fin. huius glossæ, cùm quibus concordat frater Ioannes, in summa Confessorum hoc titul. quæst. vltim.* Aut quod successionis, & hæreditates temporales, & dic quod non, nisi quo ad illas personas, & res de sua iurisditione temporali, vt notat laudens Vincent. Tanore, Bernard. & Innocent.

Ita etiam eleganter in his ipsis terminis, Nauarro, cons. 3. titul. de sponsalibus, lib. 4. num. 14. ibi: *Quinto, quod non solum potest sua sanctitas, leges præfatas reuocare, & fingere, vt pro inflictis habeantur, & censeantur non esse factæ, quo ad ipsas met, sed etiam, quo ad effectus ab eis, vèl pro pter eas productos: ita quod non habeantur pro productis, & pro inde iudicandum sit de omnibus rebus, super quibus factæ sunt, ac si non fuissent factæ, etiam si effectus essent ex comunicationis suspensionem interdicta, & irregularitatem, vèl aliæ inhabilitatem: modo sint tales. quæ subijciantur potestati eius mirabili, vt gloss. prædicta à plerique obnibus recepta tenet, & multis rationibus confirmari potest: dixi modo subijciãtur potestati eius, nàm illos qui soli diuinæ potestati, vèl alterius superioris sæcularis reserciantur, non potest reuocare, neque pro non consecutis habere, vt dictum est, & num. 15. ibi, & ita reuocare, vt fingatur, vel habeatur pro in fecta, cùm suis omnibus effectibus subiectis suæ potestatis, & voluntati,* & iterum nu. 16. ibi: *Quarto, quod si sua sanctitas, hanc reuocationem fuerit, ita vt prædictus canon, inducens prædic*

tum

ctum impedimentum habeatur pro infecto cum omnibus effectibus, suæ potestati, & voluntati subiectis accedet aa eam innumerabilis multitudo non solum Hispania rum, &c.

Y aunque diran los Abogados de doña Ana de Mesa menor, que estos Doctores, y textos hablan en la legitimacion de rescripto, y que no se pueden aplicar asu legitimacion, quæ est legitimatio orta ex matrimonio. Respondemos, lo vno, que su legitimacion es de rescripto: lo otro, que estas doctrinas y textos, solo se traen en este lugar, para prouar que los efectos consecutiuos de los actos Pontificales, no pueden exceder de la potestad del Pontifice, y en quanto a esto como la potestad no es mayor en el Pontifice para vn acto que para otro, corre muy bien el argumento destas doctrinas, sacandolo como lo sacamos, ab eadem potestate denique, quando esta legitimació no fuesse de rescripto, sed orta ex matrimonio, como la del capitulo tanta, quod prorsus negamus, puesto que no ay ley ciuil que estienda los efectos consequtiuos desta legitimacion, a la capacidad de suceder, in bonis temporalibus Pōtifice non subiectis, como la ay para la legitimacion del cap. tanta, vt sup. nu. 49. & seqq. claro esta que se quedara la gracia y concessiō del Pontifice, intra vires suæ potestatis, & non solum operabitur secūdum eaque resoluimus sup. num. 50. & 51.

Num. 12.
Respondetur cuidam tacitè obiectum.

Segunda respuesta.

TOmas Sanchez, y los demas que defienden la contraria opinion, quos ipse refert, d. lib. 8. disp. 7. nume. 4. para prouar el assumpto dizen, que de la

Num. 22.
Secūdum respōsum.

dispensacion resulta la legitimidad , y della la capacidad y derecho de suceder,in bonis temporalibus,como efectos necessariamente consecutibos de la primera causa,y que aunque estos sean estraños de la potestad del Pontifice, es fuerça,que aunque no puedan venir en dispensacion principal y derecha del Pontifice,ex defectu potestatis,vengan indirecta y consecutiuamente,por necessaria consequencia del acto principal,y traen el simil del derecho de patronazgo,que aunque derecha y principalmente no se puede vender:pero si se vende la villa, o el heredamiento,ha que esta anexo algun derecho de patronazgo,illud lustrans sit consecutiue in emptorem vna cum vniuersitate bonorum cap.ex litteris de iure patronatus,sed huic leuissæmæ rationi dupliciter respondetur.

Primo,que la capacidad y derecho de suceder no es efecto necessariamente consecutiuo de la legitimacion,quia potest quis legitimas remanere quo ad cętera omnia absque tamen capacitate,& iure succedendi,vt ex Bart.in.l.is potest.ff.de adquirenda hereditate Roma,Socino,Decio,& illijs aduertit Alciat.consi.6.n. 2.lib.4.& cum Cou.Molina,& Menchaca obseruat Ioannes Bapt.Lup. de illegitimis liberis comment.3.§.4.numer. 33. mayormente quando se trata de suceder en bienes vinculados,cuyos llamamientos son calificados , como el de este mayorazgo,taliter,que no basta que sean legitimos para suceder,si juntamente no son nacidos de legitimo matrimonio de quo infra,artic.3.per totum.

Immo & legitimus potest quis esse absque eo quod ius habeat seu capacitatem succedendi & in terminis obserbat Curtius Iunior d.consi. 136.num.6.ibi: *Nec obstat illud quod sup. dicebatur*

tur, quod sicut ius canonicum facit eos legitimos, ita videtur facere legitimos successores cum posse succedere, veniat in consequentiam legitimationis, secundum Apostolum qui dicit, si filius, ergo hæres, hæc enim non est necessaria consequentia, est filius legitimus, ergo lex eũ invitat ad succedendum, nam quidam sunt qui non inuitantur, vt de portati l. 1. C. de hæredibus instituend. quidam sunt incapaces, vt mendicantes, & similes vt in clementina exiui de Paradiso de verborum signific. quidam etiam repeluntur tamquam in grati. §. aliud quoque cap. in autentica vt cum de appellat. cognoscatur.

Secundo respondetur, que aunque es assi, q̃ el derecho de patronazgo que directe no se puede vender, ni enagenar, passa indirecte, y accessoriamente en el comprador de los bienes vna cum vniuersitate bonorum, se ha de aduertir q̃ no passa vendido en manera alguna, sino cedido entre los derechos que el vendedor cede al comprador en las clausulas enunciatiuas, y declaratiuas de la escritura, pero no en las executiuas del contrato en que consiste la fuerça de la venta, vt bene declarat Cessar Lambert. in tractatu de iur. patronatus, libr. 1. 2. part. q. 5. principali, art. 20. per totum maximè à nu. 9.

Vnde, siendo el acto, como es de ceder trasspassar, o donar el derecho de patronazgo de las cosas por derecho licitas y permitidas, & quæ cadunt in potestatem cuiuslibet cap. quod autem cap. illud de iure patronatus, & ibi DD. nihil mirum si vendito fundo vel villa passe accessoria y consecutiuamente el derecho de patronazgo, cum vniuersitate, y que los efectos cõsecutiuos de aquel acto, se estiẽdan a la cessiõ y trãslaciõ del, ius patronatus quia cadit in potestatẽ agẽtis: at vero ex hoc nõ bene infectur ad nostrum cassum, en el qual el efecto cõsecutiuo

secutiuo de la sucesion en bienes temporales que se pretende que nace de la dispensacion in radice, non cadit sub potestate Pontificis, vt dictum est sup.

Respuesta ala clementina.

Num. 23. *Responsum ad clemẽtinam vnicam de primum tate Ecclesiarum.*

TOmas Sanchez y los demas autores de de la contraria opinion, en confirmaciõ del fundamento principal de la clementina 1. de inmunitate Ecclesiarum, traé el fundamento de la retrotracion, y dizen, que dispẽsando el Pontifice en la rayz del matrimonio (id est) initio ipsius, reuocando el impedimento que lo irritaua, como si nunca lo vuiera auido, haze que la dispensacion se retratrayga al principio del matrimonio, y esta retrotracciõ obra que el matrimonio se tenga por valido, prout ex tunc, como si nunca le vuiera resistido el impedimento: adque ita proles manet vere legitima, quo ad omnia.

A este fundamento le falta de substancia todo lo que tiene de methaphisico: porque supuesto que es verdad, dezir, que antes que se impetrase la dispensacion in radice la copula entre los padres de la dicha doña Ana de Mesa menor, fue ilicita, y punible, y la dicha doña Ana, como hija de aquella copula incestuosa y expurea, por espacio de cinco años, desde el punto de su concepcion, hasta que començó a obrar la dispensacion, no cabe en buena logica dezir, que todo el dicho tiempo vuo matrimonio valido entre los padres, y que la hija nacio, y fue verdaderamente legitima, en virtud de la gracia, y dispensacion Apostolica, que so breuino

breuino al cabo de los cinco años, ni huuiera poder humano, ni diuino, que tal pudiera hazer. l. in bello. §. factæ. ff. de captiuis, cap. si Paulus. 32. q. 5. & ex diuo Thoma, & Theolog. tradit Nauarr. consi. 3. num sub titulo de sponsalibus lib. 4. in antiqua editione Ceruantes in l. 12. Tauri num. 109. y para saluar esta contradictoria, dizen, que la dispensacion Apostolica obrò este efecto, por el camino de la retrotracion, que en buen romance es confessarnos el intento, porque toda retrotracion es ficcion, vt per DD. in d. l. si ij qui pro emptore maximè, Bart. num. 44. de vsu capionibus Ioannes Baptista Costa in tractatu de retrotraccionibus cap. 3. num. 5. Y todos los Doctores que en la legitimacion amplissima reintegratiua, que los Principes hazen con restitucion a los natales, quieren dar al legitimado calidad, y derecho de verdaderamente legitimo, reconocen que es por ficcion, y no por verdad, y assi dizen, quid huiusmodi legitimatio es verutaties licet non fit verum principium, & quod legitimatus est verus legitimus licet non sit legitime natus sed fingatur vt ex in numeris quos ad hoc allegat, eleganter obseruat Ioan. Bapt. Lupus de illigitimis, liberis comment. 3. §. 1. num. 47. versi. *verum considerato*, y lo mismo dizen de la legitimacion que resulta del siguiente matrimonio, aun los que mas la fauorecen; confessando llanamente, que la legitimidad de los hijos antes nacidos, procede ex fictione vt ex Ant. de Ross. Ludouicus de Sardi. Socin. Alciat. Natta, Cefal. Roland. Reminald. Couarr. & alijs, obseruat Bart. Bertaçol. lib. 1. consultationum var. consil. 52. Y assi aora consideren los Abogados de doña Ana de Messa menor, esta su legitimacion, como la

del cap. tanta, porque la mucha similitud que con ella, vt supra num. 85. ora reconozcan q es legitimacion de rescripto, cùm Bald. & reliquis adductis, supra num. 73, de qualquiera manera que la consideren tienen en esta parte contra si la confesion de toda la comun esquela de ambos derechos.

Num. 24.
Respondetur ad argumentum retractationis.

Vnde, quanto a la materia de la retrotraccion, tenemos la regla en nuestro fauor, que aquella no obra en acto alguno en perjuyzio del derecho adquirido a tercero, medio tempore, DD. in l. si is qui pro emptore, ff. de vsucapionibus, Ioan. Bapt. Costa, plures alegans, in tractatu de retrotactionibus, capit. 9. casu 16. num. 8. Martin. Monter. decis. Aragon. 50. num. 19. Y assi la legitimacion de doña Ana de Mesa, procedida de la retrotraccion de la gracia y dispensacion del Pontifice, puesto que obrasse otros efectos en fauor de la dicha doña Ana, no pudo darle el derecho de la primogenitura deste mayorazgo, y la esperança immediata de la sucesion, que ya auia adquirido, y tenia para si y para sus descendientes el dicho don Francisco de Hozes.

Y aunque esta regla padece alguna controuersia, ex his qui tenent fictionem, & retrotractionem habere vim ledendi tertium, & auferendi, adquæsita vni, & dandi alteri, quos refert Anton. Petra (à contraria parte, nunc de nuo allegatis) in tractatu de potestate Principē, cap. 28. num. 40. & seqq. Esto se ha de entender, quando el derecho adquirido al tercero medio tempore, es por organo y ministerio del derecho ciuil, non autem, quando es adquirido por el ministerio y organo del derecho natural, o de las gentes; porque en este caso la ficcion no puede obrar perjuyzio de tercero,

tercero, y assi ha entendido y limitado la comun de los Doctores, el texto in dict. Clemẽtina, 1. vers. *Pro infectis* de immunitate Ecclesiarum, vt per Tiraquello (qui pro multis sufficit) in tractat. de iure constit. limitat. 7. nu. 48. ibi: *Licet quantum ad id quod diximus in principio versic. dræcedentis, de præiuditio alterius, nè illud intactum alteri reliquam contrarium, tenuit Car. Floren. sibi ex diametro contrarius, in capit. ad petitionem, colu. 4. verbo oppono, de acusationibus, nempè eam clausulam habere pro infectis, non habere locum in præiuditium alterius, cui ius interim quæsitum est, & secundum id, intelligit illam gloss. Clementinæ 1. de immunitat. Ecclesiar. quam, & speculo dicit singularem, eumque sequitu. Ioan. Anna. in vltimo notabili, super quo, Philip. Decius, in dict. cap. vlti. de cõstitut. & cons. 252. agitur causa, col. vltim. dicit, id posse habere locum in iure quæsito alteri ex iure gentium, quod à Principe tolli non potest sine causa, vt not. Canon. in cap. quæ in Ecclesiarum, de constitut. & Bart. in l. vltim. C. si contra ius, vel vtil. publ. cum sit secus in iure quæsito, ex iure ciuili, vt dominiũ quæsitum ex præscriptione, vel sententia, quod à Principe sine causa tolli potest, Bald. in l. solum, 2. vers. Sed iumediatè opponitur, C. sentent. rescindi non posse, Ang. in l. Lutius, ff. de euiction. Paul. Castrens. in l. 3. colum. 1. ff. de testam. & in l. cum hæredes in principio, ff. de adquir. possession. Alexand. cons. 2. visis codicillis, col. 6. vers. Plus dixit, lib. 1. hæc Decius, & ante illum idem voluit, Calderin. quem postea citat. dict. consil. 12. vbi expressè, ita illam gloss am intelligit.* Et post Tiraquell. Decium, & alios, idem Anton. Petra (in contrarium allegatus) in dict. tractat. de potestat. Principis, cap. 28. tratando en la materia de la legitimacion este mismo punto en que vamos, desde el num. 38. & seqq. fol. 445. tray endolo por

lo por exemplo de los casos, en que el Principe puede perjudicar a tercero en el derecho adquirido, tandem, en el num. 49. lo limita por estas palabras, ibi: *Istud autem exemplum intellige, vt procedat, quo ad ius quæsitum de iure positiuo, secus autem de iure gentium, vel naturali, aut diuino, sic enim expressè loquitur glossa, in dict. Clement. 1. vers. pro infectis in fine, de immunitate Ecclesiarum, &c.*

Y que el derecho que don Francisco de Hozes tenia adquirido a la sucesion deste mayorazgo, al tiempo de la dispensacion fuesse desta calidad, es innegable, ex dictis suprà, nu. 83. & ex Molin. libr. 3. capitul. 3. num. 14. & seqq.

Quanto mas, que aun quando el derecho de don Francisco de Hozes se huuiera adquirido, mediante iure ciuili, la mas verdadera y receuida opinion en terminos de derecho comun, es que el Principe no le puede quitar por este medio, ni por otro alguno; como queda aduertido suprà, num. 103. & seqq. ex Anton. Gabriel, lib. 3. communium, tit. de iure quæsito, concluf. 1. num. 27. vers. *Contrarium:* & apud nostros recepta, & inconcusa, vt per Molin. lib. 4. cap. 3. num. 12.